

5. Hans Kelsen und das Problem der Verfassungsinterpretation

Die *Reine Rechtslehre* hat zum Gegenstand ihrer wissenschaftlichen Beschäftigung das positive Recht. Das Recht ist ein System von Normen.¹ Rechtsnormen beziehen sich auf menschliches Verhalten, das durch sie geregelt werden soll. Die Norm, durch die einem Menschen etwas geboten oder verboten wird, durch die ihm ein bestimmtes Verhalten erlaubt wird oder durch die er zu einem rechtlichen Handeln ermächtigt wird, das „Sollen“ also, ist der Inhalt, der Sinn eines Willensaktes; jemand sagt einem anderen: du sollst, du darfst, du kannst. Rechtlich verbindlich ist eine solche Norm, wenn sie rechtliche Geltung besitzt. Rechtliche Geltung besitzt sie, wenn derjenige, der die Norm erläßt, zum Erlaß einer Norm dieses Inhalts befugt war.

Zur Positivität der Rechtsordnung, aber auch jeder einzelnen Rechtsnorm, gehört nach Hans Kelsen auch die Wirksamkeit des Systems der Rechtsordnung² oder der einzelnen Rechtsnormen „im großen und ganzen“.³ Die Reine Rechtslehre will nicht irgendeine, sondern die tatsächlich geltende Rechtsordnung analysieren. Die reale Wirksamkeit einer Norm wird als Bedingung ihrer Geltung angesehen.

Interpretation von Rechtsnormen kann für eine ausschließlich auf das positive Recht gerichtete Betrachtung nur in der Feststellung des Inhalts des rechtlichen Sollens bestehen.⁴ Es ist offensichtlich möglich und eben-

1 Zum Normbegriff H. Kelsens vgl. insbes.: H. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 2. Aufl., 1960, S. 3 ff.; zum Begriff der Rechtsnorm: a.a.O., S. 31 ff.; ders., Zum Begriff der Norm, in: *Die Wiener Rechtstheoretische Schule, Schriften von H. Kelsen, A. Merkl, A. Verdross*, hrsg. von H. Klecatsky, R. Marcic, H. Schambeck, 1968, S. 1455 ff.; ders., Zum Begriff der Rechtsordnung, in: *Die Wiener Rechtstheoretische Schule*, S. 1395 ff.

2 H. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, S. 215 ff.

3 H. Kelsen, a.a.O., S. 218, S. 219.

4 H. Kelsen, a.a.O., S. 346 ff., insbes. S. 349; ders., Zur Theorie der Interpretation, in: *Die Wiener Rechtstheoretische Schule*, S. 1363 ff., 1366; H. Klinghoffer, Über mehrfache Auslegungsmöglichkeiten, in: *33 Beiträge zur Reinen Rechtslehre*, hrsg. von R. A. Mé-tall, 1974, S. 153 ff., S. 163.

so offensichtlich auch nötig, wissenschaftlich zu untersuchen, was tatsächlich ist, nicht nur, was von Rechts wegen sein soll; ebenso ist es möglich und nötig zu fragen, wie rechtliche Normen entstanden sind, welche Gesetzmäßigkeiten bestehen zwischen der Entwicklung der Produktionsverhältnisse einer Gesellschaft und den Rechtsnormen, die in ihr gelten, oder zu prüfen, welche Wirkung Rechtsnormen besitzen und welche politische Funktion sie haben. Der Reinen Rechtslehre vorzuwerfen, sie hielte dergleichen wissenschaftliche Fragestellungen für unsinnig oder überflüssig, ist ungerechtfertigt.

Fraglich kann nur sein, ob eine richtige Erkenntnis des positiven Rechts möglich ist, wenn es rein als Sollensordnung untersucht wird und alle Fragen, die sich auf seine Entstehung und seine gesellschaftliche und politische Funktion beziehen, anderen Wissenschaften, z. B. der Soziologie oder der Politikwissenschaft, zugeordnet werden. Der Nachweis der Unrichtigkeit des Trennungsdenkens der Reinen Rechtslehre kann nur geführt werden, wenn bewiesen wird, daß die von Kelsen angewandte Methode zu unrichtigen Ergebnissen bei der Erkenntnis des positiven Rechts führt, z. B. also bei der Interpretationslehre. Weil dieser Nachweis aber keineswegs leicht zu erbringen ist, kommt es zu den zahlreichen Fehlinterpretationen der Reinen Rechtslehre durch ihre Kritiker, wie der, Kelsen lehne die Möglichkeit einer Rechtssoziologie oder einer Soziologie des Staates ab.⁵

5 So neuestens wieder: H. Koch, *Seminar: „Die juristische Methode im Staatsrecht. Über Grenzen von Verfassungs- und Gesetzesbindung“*, 1977, S. 67 ff., insbes. S. 76, wo ausdrücklich formuliert wird, Kelsen bestreite die Möglichkeit einer Staatssoziologie, obwohl Kelsen nur die Möglichkeit eines eigenständigen soziologischen Staatsbegriffs in Frage stellt. Ferner: M. J. Sattler, H. Kelsen, in: ders. (Hrsg.), *Staat und Recht. Die deutsche Staatslehre im 19. und 20. Jahrhundert*, Staat und Recht, Bd. 1512, 1972, S. 100 ff., insbes. S. 108. Eine eingehende Richtigstellung zu diesen immer wieder erhobenen Vorwürfen findet sich mit weiteren Nachweisen bei: Ch. Müller, Hans Kelsens Staatslehre und die marxistische Staatstheorie in organisationssoziologischer Sicht, in: *Reine Rechtslehre und marxistische Rechtstheorie*, Symposium, abgehalten am 9. und 10. Mai 1975 im Kleinen Festsaal des Bundesministeriums für Justiz, 1978, S. 167 ff., insbes. S. 182 ff.

Zum Verfassungsbegriff Hans Kelsens

Verfassung als Gegenstand rechtswissenschaftlicher Untersuchungen kann für die Reine Rechtslehre nur aus bestimmt qualifizierten Rechtsnormen bestehen.⁶ Wenn die Verfassung nicht aus gewohnheitsrechtlichen Normen und Normen in Form von Präjudizien gebildet wird, sondern aus gesetzten Normen besteht, hat sie Gesetzescharakter. Die Verfassung ist aber nicht unmittelbar mit der Gesamtheit der Normen identisch, die in der Verfassungsurkunde statuiert worden sind. Kelsen unterscheidet vielmehr eine Verfassung im materiellen Sinne von der Verfassung im formellen Sinne. Unter der materiellen Verfassung wird nicht eine Verfassung verstanden, die sich durch bestimmte materiale Bestimmungen und Inhalte von der formellen Verfassung unterscheidet, materiell wird eine Verfassung nicht deshalb genannt, weil sie sich an bestimmten Rechtswerten orientiert, z. B. an Rechtsstaatlichkeit, Demokratie, staatsbürgerlicher Gleichheit, Gewaltenteilung.⁷ Die Besonderheit der materiellen Verfassung ist auch nicht ein bestimmt geartetes Verhältnis zur politisch-sozialen Wirklichkeit, sie ist nicht die verwirklichte Verfassungsrechtsnorm. Die materielle Verfassung wird vielmehr durch ein formelles Merkmal von der formellen Verfassung unterschieden; das ist konsequent vom Standpunkt einer Lehre, die das Recht rein und als Form, ungeachtet seines jeweils wechselnden historischen Inhalts beschreiben will. Die materielle Verfassung stellt die positiv-rechtlich höchste Stufe in der Normenhierarchie dar;⁸ durch die materielle Verfassung wird die Erzeugung der generellen Rechtsnormen geregelt; eine Erzeugung,

6 Zum Verfassungsbegriff bei H. Kelsen; vgl. vor allem: H. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, S. 228 ff.; ders., *Allgemeine Staatslehre*, 1925, Nachdruck 1966, S. 248 ff.; ders., Die Funktion der Verfassung, in: *Die Wiener Rechtstheoretische Schule*, S. 1971 ff.; ders., Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit, in: H. Kelsen, a.a.O., S. 1813 ff., 1818 ff.

7 Vgl. dagegen für ein solches materiales Verfassungsverständnis die Formulierung der Constitution Francaise 1791, Art. XVI: „Toute société, dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de constitution“.

8 Vgl. H. Kelsen, *Allgemeine Staatslehre*, S. 251 ff.; ders., Die Funktion der Verfassung, in: *Die Wiener Rechtstheoretische Schule*, S. 1971 ff., S. 1974: „In dieser Ermächtigung bestimmter Menschen, generelle Normen zu erzeugen, liegt die wesentliche Funktion der Verfassung.“

die im modernen Staat den Charakter der Gesetzgebung hat. Die materielle Verfassung normiert das Verfahren der Erzeugung genereller Rechtsnormen, indem sie bestimmt, wer die Kompetenz zum Erlaß genereller Normen besitzt und wie diese Kompetenz ausgeübt wird. Auch der Inhalt künftiger Gesetze kann durch die Verfassung positiv oder negativ vorgeschrieben werden.⁹ Die Grund- und Freiheitsrechte vor allem haben die Funktion, Gesetze mit bestimmten Inhalten nicht zustande kommen zu lassen, etwa solche, die die staatsbürgerliche Gleichheit, die Gewissensfreiheit, die Koalitionsfreiheit etc. verletzen. Soziale Grundrechte schreiben demgegenüber Gesetze mit bestimmten Inhalten vor.

Verfassung im formellen Sinne ist nach Kelsen ein als Verfassung bezeichnetes Dokument, in dem Normen enthalten sind, die nicht nur die Erzeugung genereller Normen regeln, sondern sich auch auf andere politisch für wichtig erachtete Gegenstände beziehen. Die politische Bedeutung der in der formellen Verfassung enthaltenen Normen kommt besonders darin zum Ausdruck, daß sie in der Regel nur unter erschwerenden Bedingungen aufgehoben werden können.

Nicht sehr glücklich, weil begriffliche Verwirrung ermöglichend, ist die Schöpfung des Begriffs einer „Verfassung im rechtslogischen Sinne“.¹⁰ Verfassung im rechtslogischen Sinn im Unterschied zur Verfassung im positiv-rechtlichen Sinn ist die Grundnorm, für die es also zwei Benennungen gibt. Als Gegenstand rechtswissenschaftlicher Interpretation kommt selbstverständlich nur die positiv-rechtliche Verfassung in Frage, weil die Grundnorm selbst lediglich die denknwendige Voraussetzung ist, die gemacht werden muß, um Rechtsnormen als geltend deuten zu können; weil nicht positiv-rechtlich gesetzt, hat sie auch keinen konkreten Inhalt, der interpretiert werden könnte. Deshalb besteht auch nicht die Möglichkeit, aus der Grundnorm einer Rechtsordnung kon-

9 Die Funktion der Verfassung ist nach Kelsen deshalb als Geltungsbegründung zu bestimmen; vgl. H. Kelsen, a.a.O., S. 1971, S. 1979.

10 H. Kelsen, *Allgemeine Staatslehre*, S. 249; ders., *Reine Rechtslehre*, S. 202; ders., Die Funktion der Verfassung, in: *Die Wiener Rechtstheoretische Schule*, S. 1971 ff., S. 1976: „Die Grundnorm kann man Verfassung im transzendental-logischen Sinne zum Unterschied von der Verfassung im positiv-rechtlichen Sinne nennen. Diese ist die durch menschliche Willensakte gesetzte Verfassung, deren Geltung durch die vorausgesetzte Grundnorm begründet wird.“

krete Rechtsnormen logisch abzuleiten, z. B. einzelne Verfassungsrechtsnormen.

Es ist selbstverständlich, daß man sinnvollerweise fragen kann, ob der Inhalt einer Verfassungsnorm, ob also dem, was gesollt ist, in der Wirklichkeit ein entsprechendes Verhalten korrespondiert oder nicht. Man wird, wie bereits angemerkt, schwerlich in den zahlreichen Schriften Hans Kelsens eine Stelle finden, in der er diese Selbstverständlichkeit leugnet. Der Verfassungsbegriff bleibt jedoch unverändert, gleichviel ob die Geltung einer Verfassungsnorm in Frage steht – es wird z. B. geprüft, ob eine geänderte Verfassungsnorm gilt oder nicht, wobei zu klären ist, ob die Regelungen der Verfassung für ihre Änderung eingehalten worden sind – oder ob ihre Wirksamkeit oder Unwirksamkeit zum Gegenstand wissenschaftlicher Untersuchungen gemacht wird. Auch wenn das Interesse darauf gerichtet ist, festzustellen, wie die Verfassungswirklichkeit beschaffen ist, wie sie sich entwickelt hat, welche Bedeutung den Verfassungsrechtsnormen bei dieser Entwicklung zukommt und wie andererseits die Verfassungswirklichkeit einwirkt auf den Prozeß der Interpretation der Verfassungsnorm und der in Form von Verfassungsänderung und Verfassungsneuschöpfung sich vollziehenden Umwandlung der Verfassung, so bleibt doch der eigentliche Verfassungsbegriff der gleiche. Untersucht wird jeweils nur Wirksamkeit oder Geltung der Verfassungsrechtsnormen. So bezieht sich die Unterscheidung von Verfassung und Verfassungsrecht noch auf die Verfassungsrechtsnorm, wenn auch mit der schon in der Begriffswahl angelegten Tendenz, der Verfassungswirklichkeit normative Kraft beizumessen;¹¹ dies ganz deutlich jedenfalls dann, wenn in weitverbreiteter Terminologie von einer „Spannung“ zwischen Verfassung und Verfassungswirk-

11 Vgl. in diesem Zusammenhang auch: K. Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 8. Aufl. 1975, S. 20: „Die Behauptung eines Widerspruchs zwischen Verfassungsrecht und Verfassungswirklichkeit ist geeignet, die wahre Problemlage nicht nur zu verdunkeln, sondern auch zu verschieben. Indem nämlich verfassungswidrige Wirklichkeit als Verfassungswirklichkeit bezeichnet wird, wird dieser Wirklichkeit eine normierende Kraft beigemessen, und diese erscheint als normierende Kraft der ‚Wirklichkeit‘ von vornherein der normierenden Kraft des ‚Rechts‘ überlegen.“ Hesse hat allerdings früher in seiner Schrift „Die normative Kraft der Verfassung“, in: *Recht und Staat*, Bd. 222, 1959, gefordert, daß die Auslegung der Verfassung sich mit dem Wandel der tatsächlichen Verhältnisse ändern müsse.

lichkeit ausgegangen wird.¹² Wie Ridder zutreffend feststellt, steht nicht jede Wirklichkeit in einem „Spannungsverhältnis“ zur Verfassungsnorm, sondern nur die verfassungsrechtswidrige Wirklichkeit.¹³ In diesem angeblichen Spannungsverhältnis ist die Verfassungswirklichkeit mithin nichts anderes als die „noblitierte Verfassungs(rechts)-widrigkeit“.¹⁴ Noch deutlicher wird der Versuch, Faktizitäten normative Kraft zuzuerkennen, wenn der Begriff der Verfassung sowohl für das System bestimmter qualifizierter Rechtsnormen verwandt wird als auch für bestimmte politisch-soziale Zustände und Prozesse. Es ist aber, wie Kelsen speziell in Auseinandersetzung mit Rudolf Smends¹⁵ Integrationslehre¹⁶ nachgewiesen hat, nur politische Interessiertheit, wenn die „lebendige“ und „wirkliche“ Verfassung dem „toten Buchstaben“ der Verfassung polemisch entgegengesetzt wird. Es bedarf keiner Erörterung, ob es einen rein politikwissenschaftlichen oder soziologischen Verfassungsbegriff geben kann und wie dieser zu bestimmen wäre; Gegenstand verfassungs-

12 Zur „Spannung“ zwischen Verfassungsrecht und Verfassungswirklichkeit vgl. z. B.: G. Leibholz, Verfassungsrecht und Verfassungswirklichkeit, in: ders., *Strukturprobleme der modernen Demokratie*, 3. Aufl., 1967, S. 276 ff., insbes. S. 281: „Die Aufgabe eines Verfassungsjuristen muß es sein, das Normensystem und die Verfassungswirklichkeit im Bereiche der Verfassung einander so zuzuordnen, daß die zwischen Verfassungsnorm und Verfassungswirklichkeit bestehende, dialektische Spannung in concreto soweit wie möglich durch eine schöpferische Auslegung der Verfassung aufgehoben wird, ohne daß man zugleich die politische Wirklichkeit zugunsten der Norm und die Norm zugunsten der politischen Wirklichkeit vergewaltigt.“ Die sowohl irrationale als auch demokratiefeindliche Tendenz des Spannungsdenkens kommt in dieser Äußerung klar zutage: ein rational überprüfbarer Maßstab, wie denn dieses angebliche Spannungsverhältnis aufzulösen sei, wird nicht gegeben und kann nach Lage der Dinge auch nicht gegeben werden; auch wird man kaum die Durchsetzung der vom demokratischen Verfassungsgesetzgeber gesetzten Verfassungsnorm als „Vergewaltigung der Wirklichkeit“ bezeichnen können, ohne zugleich die demokratische Legitimität des Verfassungsgesetzgebers zu untergraben und an deren Stelle eine demokratiefeindliche Legitimation von Interpretationseliten zu begründen.

13 H. Ridder, *Die soziale Ordnung des Grundgesetzes. Leitfaden zu den Grundrechten einer demokratischen Verfassung*, 1975, S. 18 ff.

14 H. Ridder, a.a.O.

15 H. Kelsen, Der Staat als Integration. Eine prinzipielle Auseinandersetzung, 1930; Neudruck in: ders., *Drei kleine Schriften*, 1971, S. 7 ff.

16 R. Smend, Verfassung und Verfassungsrecht, in: ders., *Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze*, 2. Aufl., 1968, S. 119 ff., insbes. S. 241, wo die „fließende Geltungsbildung des gesetzten Verfassungsrechts“ auf die „veränderten Zeiten und Umstände“ bezogen wird. Zu R. Smend vgl. auch mit weiteren Literaturangaben: J. Meinck, *Weimarer Staatslehre und Nationalsozialismus*, 1978, S. 52 ff.

rechtlicher Interpretation könnte ein wie auch immer gearteter politikwissenschaftlicher Begriff der Verfassung jedenfalls nicht sein. Es sei denn, man benutzte einen solchen Verfassungsbegriff nicht nur, um einen tatsächlichen politischen Zustand zu beschreiben, zu erklären, zu verstehen und gegebenenfalls zu bewerten, sondern um mit seiner Hilfe das geltende Verfassungsrecht umzuformen. Gegen solche Versuche, wie sie auf verschiedenen Wegen exemplarisch von Carl Schmitt¹⁷ und Rudolf Smend¹⁸ gemacht worden sind, wendet sich die Reine Rechtslehre, weil sie darin eine wissenschaftlich unrichtige und politisch bedenkliche Vermengung von Rechtserkenntnis und Politikgestaltung erblickt.

Sowohl die formelle als auch die materielle Verfassung besteht für Kelsen also aus Rechtsnormen und nur aus Rechtsnormen. Die Besonderheiten, die diese Rechtsnormen gegenüber anderen Rechtsnormen auszeichnen, sind nicht von so grundlegender Bedeutung, daß die Interpretation der verfassungsrechtlichen Normen nach anderen Regeln erfolgen dürfte oder könnte als denjenigen, die allgemein für die Interpretation von Rechtsnormen gelten. Die Reine Rechtslehre enthält deshalb zwar eine Interpretationslehre, aber keine besondere Lehre von der Verfassungsinterpretation.

Stellung der Interpretationslehre innerhalb der Reinen Rechtslehre

Durch Interpretation soll der Inhalt von Rechtsnormen ermittelt werden,¹⁹ sie ist die „erkenntnismäßige Feststellung des Sinnes des zu interpretie-

17 Vgl. zur Verfassungstheorie Carl Schmitts neustens mit weiteren Literaturhinweisen: I. Maus, *Bürgerliche Rechtstheorie und Faschismus. Zur sozialen Funktion und aktuellen Wirkung der Theorie Carl Schmitts*, 1976, insbes. S. 107 ff.

18 S. R. Smend, Anmerkung 16.

19 Vgl. K. Ringhofer, Interpretation und Reine Rechtslehre, in: *Festschrift für Hans Kelsen zum 90. Geburtstag*, hrsg. von A. J. Merkl, A. Verdroß, R. Marcic, R. Walter, 1971, S. 198 ff., S. 206; H. Klinghoffer, Über mehrfache Auslegungsmöglichkeiten, in: *33 Beiträge zur Reinen Rechtslehre*, S. 163, faßt das Ziel der Interpretation der *Reinen Rechtslehre* sehr klar zusammen: Interpretation ist Rechtserkenntnis. Aufgabe des Interpreten ist es, richtige Rechtserkenntnis zu treiben. Der Interpret wird dieser Aufgabe

renden Objektes“.²⁰ Hans Kelsen hat 1934 in seinem Aufsatz „Zur Theorie der Interpretation“²¹ seine Interpretationslehre zusammenfassend dargestellt. Die Ergebnisse, die er bei seinen Untersuchungen zum Interpretationsproblem gewonnen hat, wurden bei der abschließenden Formulierung der Reinen Rechtslehre nicht mehr verändert, auch in den Einzelheiten nicht. Im wesentlichen wurden die Ausführungen aus dem Aufsatz von 1934 wörtlich für die 2. Auflage der *Reinen Rechtslehre* übernommen.²² Es handelt sich also bei der Interpretationslehre Kelsens um einen Teil seiner Lehre, der relativ früh formuliert und dann nicht mehr wesentlich verändert worden ist.²³

Die Kelsensche Interpretationslehre ist ein wichtiger und zentraler Bestandteil seiner Reinen Rechtslehre. Deshalb ist es nicht richtig, wie Schild²⁴ die Äußerung Kelsens „Daher kommt für sie [die Reine Rechtslehre, P. R.] das Interpretationsproblem nur in einem geringen Maße in Betracht“²⁵ aus ihrem Zusammenhang zu lösen und darin eine abschließende Feststellung zur Bedeutung des Interpretationsproblems im Rahmen der Reinen Rechtslehre zu erblicken. Dagegen spricht bereits, daß eine ausdrücklich auf die Erkenntnis des positiven Rechts gerichtete Lehre notwendigerweise die Frage der Interpretation der Rechtsnormen nicht als nebensächlich behandeln kann. In den ersten Sätzen der *Reinen Rechtslehre* heißt es denn auch von dieser: „Sie ist allgemeine Rechtslehre, nicht Interpretation besonderer nationaler oder internationaler Rechtsnormen. Aber sie gibt eine Theorie der Interpretation“.²⁶ Kelsen

nicht gerecht, wenn er sich bei mehreren Auslegungen für eine hiervon entscheidet und nur die durch diese eine Auslegung gekennzeichnete Rechtslage für gegeben erachtet. Interpretation heißt niemals Recht schaffen, sondern stets bloß das Recht erkennen.,

20 H. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, S. 349; ders., Zur Theorie der Interpretation (1934), in: *Die Wiener Rechtstheoretische Schule*, S. 1363 ff., insbes. S. 1366 ff.

21 H. Kelsen, a.a.O., S. 1363 ff.

22 Vgl. H. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, S. 346 ff.

23 Ein Vergleich der Interpretationslehre Kelsens mit der anglo-amerikanischen Theorie zur Interpretation und zur richterlichen Entscheidungstätigkeit findet sich bei: W. Ebenstein, *Die rechtsphilosophische Schule der Reinen Rechtslehre*, 1969, S. 168 ff.

24 W. Schild, *Die Reinen Rechtslehren, Gedanken zu Hans Kelsen und Robert Walter*, 1975, S. 22.

25 So H. Kelsen, Juristischer Formalismus und reine Rechtslehre, in: JW 1929, S. 1723 ff., S. 1726.

26 H. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, S. 1.

wollte sich mit seiner Bemerkung über die Bedeutung des Interpretationsproblems, wie sich aus seinen vorangegangenen Ausführungen klar ergibt, nur gegen Interpretationslehren abgrenzen, die behaupten, mit wissenschaftlicher Exaktheit eindeutige Einzelentscheidungen aus der allgemeineren Rechtsnorm ableiten zu können. „Da die reine Rechtslehre nur eine Erkenntnis des gegebenen positiven Rechtes, nicht aber eine Vorschrift für seine richtige Erzeugung ist, will sie weder eine Anweisung dafür geben, wie man gute Gesetze macht, noch auch Ratschläge erteilen, wie man auf Grund oder im Rahmen der Gesetze gute Entscheidungen und Verfügungen treffen kann.“²⁷

Es kann Schild auch nicht zugestimmt werden, wenn er die Gründe für die geringe Bedeutung des Interpretationsproblems innerhalb der Reinen Rechtslehre darin zu erblicken glaubt: „Stellt der Rechtswissenschaftler auf die effektive Rechtsordnung ab, kann er nicht beim Gesetz stehenbleiben, sondern muß dessen Verwirklichung vor allem durch Urteil/Bescheid mitberücksichtigen.“²⁸ Diese Berücksichtigung nimmt gerade die Reine Rechtslehre vor, und zwar in der Lehre vom Stufenbau der Rechtsordnung; es ist vor allem die Reine Rechtslehre, die, im Gegensatz zu herrschenden Lehren, auch das Urteil und den Verwaltungsakt als Rechtsnorm ansieht;²⁹ Interpretation von Rechtsnormen ist deshalb für Kelsen niemals lediglich Interpretation von Gesetzen, die nur eine bestimmte Form der Rechtsnorm darstellen, sondern gleichermaßen Interpretation von Urteilen, Verträgen, Verwaltungsakten und sonstigen Rechtsnormen im Sinne der Reinen Rechtslehre.

So zeigt sich bereits hier, daß die Kelsensche Interpretationslehre nur zutreffend dargestellt werden kann, wenn über diese hinaus der Zusammenhang mit den sonstigen Erkenntnissen der Reinen Rechtslehre hergestellt wird; dies vor allem deshalb, weil für die richtige Erkenntnis des Rechts sehr wesentliche Einsichten im Kontext der Begründung der Lehre vom Stufenbau der Rechtsordnung formuliert und detailliert begründet worden sind.

27 H. Kelsen, *Juristischer Formalismus und reine Rechtslehre*, S. 1726.

28 W. Schild, *Die Reinen Rechtslehren*, S. 22, S. 23.

29 Vgl. H. Kelsen, Zum Begriff der Norm, in: *Die Wiener Rechtstheoretische Schule*, S. 1455 ff., insbes. S. 1466 ff.

Der Stufenbau der Rechtsordnung und die Einheit von Rechtsanwendung und Rechtsschöpfung

Die Lehre vom Stufenbau der Rechtsordnung³⁰ enthält die Analyse des Prozesses der Selbsterzeugung des Rechts; sie hat ferner zum wesentlichen Inhalt die These von der Einheit von Rechtsschöpfung und Rechtsanwendung³¹ und die der Gleichartigkeit aller Formen der Rechtsanwendung, gleichviel, ob die Rechtsanwendung von der Gesetzgebung, die zugleich Anwendung der Verfassung ist, oder ob die Rechtsanwendung von der Justiz, der Verwaltung oder auch von Privaten vorgenommen wird. Trotz der zentralen Stellung, die dem Gesetz als generell-abstrakter Normierung im System der Reinen Rechtslehre zukommt, hat sie die eindimensionale Rechtsauffassung überwunden, wonach als Recht nur das Gesetz angesehen wird, so daß Interpretation ausschließlich – oder doch vor allem – Interpretation des Gesetzes ist. Das Gesetz ist nur

30 Zum Stufenbau der Rechtsordnung vgl. zusammenfassend: H. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, S. 228 ff. Wie Kelsen selbst hervorhebt – vgl. *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre. Entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze*, 2. Aufl., 1923, Neudruck 1960, Vorrede S. XV, sowie ders., *Allgemeine Staatslehre*, 1925, Neudruck 1966, S. 234 –, ist der Gedanke vom stufenförmigen Aufbau der Rechtsordnung zuerst von Merkl entwickelt worden; vgl. von Merks Schriften vor allem: *Das doppelte Rechtsantlitz*, 1918, in: *Die Wiener Rechtstheoretische Schule*, S. 1091 ff. Das Recht im Lichte seiner Anwendung, 1917, in: a.a.O., S. 1167 ff.; *Prolegomena einer Theorie des rechtlichen Stufenbaus*, 1931, in: a.a.O., S. 1311 ff. Zur Darstellung und Kritik der Lehre vom Stufenbau vgl. vor allem: R. Walter, *Der Aufbau der Rechtsordnung. Eine rechtstheoretische Untersuchung auf Grundlage der Reinen Rechtslehre*, 2., unver. Aufl., 1974; ders., *Der Stufenbau nach der derogatorischen Kraft im österreichischen Recht*, in: *ÖJZ* 1965, S. 169 ff.; Th. Öhlinger, *Der Stufenbau der Rechtsordnung. Rechtstheoretische und ideologische Aspekte*, 1975; W. Ebenstein, *Die rechtsphilosophische Schule der Reinen Rechtslehre*, S. 141 ff.; R. Hauser, *Norm, Recht und Staat. Überlegungen zu Hans Kelsens Theorie der Reinen Rechtslehre*, 1968, S. 59 ff.; J. Behrend, *Untersuchungen zur Stufenbaulehre Adolf Merks und Hans Kelsens*, 1977.

31 Sehr klar zur Einheit von Rechtserzeugung und Rechtsanwendung in Abkehr von Lehren, die entweder nur im Gesetz oder nur im Richterspruch Recht erblicken: H. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, S. 260: „Die auf dem Boden des anglo-amerikanischen ‚common law‘ erwachsene Theorie, daß nur die Gerichte Recht erzeugen, ist ebenso einseitig wie die auf dem Boden des europäisch-kontinentalen Gesetzesrechts erwachsene Theorie, daß die Gerichte überhaupt kein Recht erzeugen, sondern nur schon geschaffenes Recht anwenden. Diese Theorie läuft darauf hinaus, daß es nur generale, jene, daß es nur individuelle Rechtsnormen gebe. Die Wahrheit liegt in der Mitte ... Die richterliche Entscheidung ist die Fortsetzung, nicht der Beginn des Rechtserzeugungsprozesses.“

eine Stufe im Stufenbau der Rechtsordnung, deren oberste Stufe die – vorausgesetzte, nicht positiv-rechtlich gesetzte – Grundnorm ist, deren unterste Stufe der jeweilige Vollzugs- oder Zwangsakt ist. Dazwischen bestehen Stufen, deren Zahl und Form jeweils durch das positive Recht bestimmt werden.

Die Grundnorm hat die Funktion, die Geltung des positiven Rechts zu begründen,³² und ist als oberste vorausgesetzte Norm nicht durch eine andere Norm bedingt; sie kann, da sie gedacht werden muß, um den Regressus ad infinitum der Geltungsbegründung abzuschließen, nicht auf eine höherrangige Norm zurückgeführt werden, die Verfahren und Inhalt der Setzung der Grundnorm ihrerseits normiert.

Der Vollzugsakt ist ebenfalls nicht mehr Einheit von Rechtsanwendung und Rechtsschöpfung, weil er als Vollzugsakt zwar Anwendung von Rechtsnormen ist, selbst aber keine neuen Rechtsnormen schafft.³³ Alle anderen Formen des Rechts – deren positiv-rechtlich typischen sind: das Gesetz, die Verordnung, der Verwaltungsakt, die allgemeinen Geschäftsbedingungen, der privatrechtliche Vertrag – sind zugleich bedingt und bedingend.³⁴ Sie sind bedingt, weil die Rechtsnormen nur zur Geltung gelangen können, wenn eine überrangige Norm existiert, die zumindest das Organ bestimmt,³⁵ das ermächtigt sein soll, eine Rechtsnorm zu erzeugen; in der Regel werden in der ermächtigenden Norm auch die Grundzüge des Verfahrens beim Erlaß der Norm bestimmt, und es wird der Inhalt der zu erlassenden Norm mehr oder minder exakt festgelegt. Die jeweiligen Rechtsnormen sind aber gleichzeitig Stufen in der Rechtspyramide und damit auch bedingend, ihrerseits also Bedingungen setzend für die nächste Stufe der Rechtserzeugung.

32 Vgl. H. Kelsen, a.a.O., S. 197 ff.

33 Vgl. H. Kelsen, a.a.O., S. 241, S. 242; ferner dessen Hinweis in der Auseinandersetzung mit K. Menger, in: H. Kelsen, a.a.O., S. 201, daß die Grundnorm als lediglich vorausgesetzte Norm nur die Funktion der Geltungsbegründung hat, nicht aber die, den konkreten Inhalt des positiven Rechts zu bestimmen. Aus der Grundnorm sind konkrete Rechtsnormen nicht logisch ableitbar.

34 Zur Formulierung von bedingenden und bedingten Rechtsakten und zum Verhältnis dieses Bedingungs Zusammenhangs zum Delegationszusammenhang vgl. insbes. A. Merkl, Prolegomena einer Theorie des rechtlichen Stufenbaus, in: *Die Wiener Rechtstheoretische Schule*, S. 1344.

35 Vgl. H. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, S. 241.

Rechtsanwendung und Rechtserzeugung sind somit ein einheitlicher Vorgang.³⁶ Unmittelbar einleuchtend ist dieses Verhältnis z. B. beim Akt der Gesetzgebung: Der Gesetzgeber wendet die Verfassung an, denn die vorherige Prüfung, wer im Einzelfall gemäß der Verfassung das Recht der Gesetzesinitiative hat, welches Organ unter Wahrung welcher Verfahrensregelungen und mit welchen Mehrheiten das Gesetz erlassen kann, und die tatsächliche Beachtung dieser Vorschriften ist Anwendung der Verfassung; auch der zulässige oder geforderte Inhalt des Gesetzes kann in der Verfassung, und zwar typischerweise in ihrem Grundrechtsteil, bestimmt worden sein. Insofern ist die Gesetzgebung immer auch Anwendung und im Regelfall Konkretisierung und Individualisierung der Verfassung.³⁷ Zugleich ist sie selbstverständlich Rechtsschöpfung. Vergleichbares gilt für die Rechtsverordnung, die Anwendung von Verfassung und Gesetz und zugleich Rechtsschöpfung ist, da sie ebenfalls eine generelle rechtliche Normierung menschlichen Verhaltens enthält. Aber auch der einzelne Verwaltungsakt, der Urteilsspruch oder der Vertrag setzen eine individualisierte und konkretisierte Rechtsnorm. Für die Reine Rechtslehre besteht zwischen Gesetzgebung, Verwaltung und Rechtsprechung insofern kein Wesensunterschied, als sie gleichermaßen aufgrund höherrangiger Normen tätig werden, diese also anwenden und auch neue Normen setzen.³⁸ Bereits aus der Tatsache, daß die Norm nie-

36 H. Kelsen, a.a.O., S. 239, S. 240; dieses Element der dialektischen Einheit von Rechtsanwendung und Rechtserzeugung wird von Kelsen besonders betont; deshalb ist die Formulierung von J. Behrend, *Untersuchungen zur Stufenbaulehre Adolf Merkl's und Hans Kelsens*, S. 30, von der „Parallelität“ von Rechtsanwendung und Rechtserzeugung nicht sehr glücklich, obwohl sie von A. Merkl, Prolegomena einer Theorie des rechtlichen Stufenbaus, in: *Die Wiener Rechtstheoretische Schule*, S. 1348, en passant ebenfalls gebraucht worden ist.

37 Vgl. H. Kelsen, *Allgemeine Staatslehre*, S. 231 ff., insbes. S. 234 ff.

38 Von der marxistischen Rechtswissenschaft wird die Einheit von Rechtsanwendung und Rechtsschöpfung dagegen gerade deswegen verneint, weil Recht nur eine allgemein-abstrakte Regel sei, der einzelne Verwaltungsakt, das Urteil nicht, sofern diese nicht aufgrund positiv-rechtlicher Bestimmung allgemeine, über den Einzelakt hinausgehende Wirkung haben. Vgl. V. Peschka, *Grundprobleme der modernen Rechtsphilosophie*, 1974, S. 175. Vgl. zum Erfordernis der Allgemeinheit als eines Begriffsmerkmals des Rechts: V. Peschka, a.a.O., S. 162, S. 172 ff.; Autorenkollektiv, *Marxistisch-leninistische allgemeine Theorie des Staates und des Rechts*, Band 1, *Grundlegende Institute und Begriffe*, 1974, S. 255 ff., Band 4, *Das sozialistische Recht*, 1976, S. 164 ff.; Autorenkollektiv, *Marxistisch-leninistische Staats- und Rechtstheorie. Lehrbuch*, 1975, S. 432 ff.; D. Kerimow, *Philosophische Probleme des Rechts*, 1977, S. 221 ff., S. 238 ff.

deren Ranges die höherrangige Norm konkretisiert und individualisiert, folgt, daß die Norm höherer Stufe den Akt, durch den sie vollzogen wird, nicht vollständig und nach allen Seiten hin binden kann. Das Konkrete ist im Abstrakten niemals vollständig enthalten, ist aus ihm nicht logisch deduzierbar. Es bleibt stets ein Spielraum freien Ermessens, so daß „die Norm höherer Stufe im Verhältnis zu dem sie anwendenden Akt der Normerzeugung oder Vollstreckung immer nur den Charakter eines durch diesen Akt zu erfüllenden Rahmens hat.“³⁹ Der Begriff des Ermessens, der im Verwaltungsrecht die gesetzlich eingeräumte Freiheit, innerhalb des vom Gesetz bestimmten Rahmens verschiedene Rechtsakte zu setzen, bedeutet, wird als ein wesensnotwendiges Element der Rechtsanwendung als eines Prozesses des Übergangs vom Abstrakten zum Konkreten, vom Allgemeinen zum Besonderen auf allen Stufen der Rechtserzeugung, angesehen.⁴⁰ Die ausdrückliche Einräumung des Ermessens durch den Gesetzgeber selbst ist lediglich eine quantitative Ausweitung eines – unabhängig vom Willen und Bewußtsein des Gesetzgebers immer notwendig vorhandenen – Elements,⁴¹ das

Diese Lehre, daß nicht nur das Gesetz, sondern jede Rechtsnorm allgemeinen Charakter haben müsse, wird im einzelnen nicht begründet und führt auch in der marxistischen Rechtstheorie selbst zu Schwierigkeiten bei der Einordnung der Rechtsverhältnisse und der Normativakte.

39 H. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, S. 347.

40 Vgl. H. Kelsen, *Allgemeine Staatslehre*, S. 243.

41 Die „Offenheit“ der Verfassung, das „offene Verfassungsverständnis“, wird unter der Geltung des Grundgesetzes zunehmend gefordert – vgl. z. B. P. Häberle, Grundprobleme der Verfassungsgerichtsbarkeit, in: ders. (Hrsg.), *Verfassungsgerichtsbarkeit*, 1976, S. 1 ff., S. 11 mit weiteren Hinweisen und S. 20 ff.; die Reine Rechtslehre, die bei der „Erfindung“ solcher verfassungsrechtlicher Topoi wie so häufig nicht beachtet wird, hat diese Offenheit rechtslogisch begründet. Sie hütet sich aber, daraus ein rechtspolitisches Ziel zu machen mit der dann notwendigen Folge der tendenziellen Auflösung der rechtsstaatlichen Verfassung. In welchem Umfang und in welchen konkreten Normierungen eine Verfassung jeweils offen ist für Ermessensentscheidungen des sie anwendenden Organs, ist eine Frage ausschließlich des positiven Verfassungsrechts; ebenso die Frage, wer als Organ befugt ist, den Ermessensspielraum bei der Rechtsanwendung auszufüllen; vgl. dazu auch P. Römer, Verfassungssubstanz und demokratischer Prozeß, in: *DuR* 1976, S. 346 ff. Insbesondere folgt aus der rechtslogisch notwendigen Offenheit der Verfassung nicht, daß damit notwendig eine Ausdehnung der Macht der Verfassungsgerichtsbarkeit verbunden ist, vgl. vom Standpunkt der Reinen Rechtslehre aus: H. Klinghoffer, Über mehrfache Auslegungsmöglichkeiten, in: *33 Beiträge zur Reinen Rechtslehre*, S. 171. Rechtskontrolle – und nur Rechtskontrolle – ist auch die Aufgabe der Verfassungsgerichtsbarkeit; vgl. H. Kelsen, *Wesen und Entwicklung*

rechtslogisch nicht zu eliminieren ist, solange überhaupt die Anwendung einer allgemeinen Norm auf einen einzelnen Fall vorgenommen werden muß.⁴² Dem Begriff des anzuwendenden Rechts als eines Spielraumes freien Ermessens, als eines Rahmens, kommt für die Interpretationslehre Kelsens entscheidende Bedeutung zu. In der *Reinen Rechtslehre* wird sogar als Überschrift eines Abschnittes der Satz formuliert und durch seine Stellung herausgehoben: „Das anzuwendende Recht ein Rahmen, innerhalb dessen mehrere Möglichkeiten der Anwendung.“⁴³

Die gerichtliche Entscheidung hat ebensowenig wie die Normkonkretisierung durch andere staatliche Organe einen lediglich deklaratorischen Charakter. „Das Gericht hat nicht bloß ein schon vorher fix und fertig geschaffenes, in seiner Erzeugung abgeschlossenes Recht zu finden und auszusprechen.“⁴⁴ Es ist hervorzuheben, daß diese Erkenntnis, auch die Rechtsprechung habe konstitutiven, rechtsschöpferischen Charakter, nach Kelsen nicht lediglich die Folge einer notwendigen Unbestimmtheit und Mehrdeutigkeit der anzuwendenden Norm ist, sondern ein notwendiges Element eines sich als Konkretisierung abstrakt-allgemeiner Normen darstellenden Rechtserzeugungszusammenhangs.

Ferner bedarf es der Betonung, daß der Positivismus Hans Kelsens nichts zu tun hat mit der Ende des vorigen Jahrhunderts herrschenden Begriffsjurisprudenz,⁴⁵ die meinte, durch rein logische Verfahren zu eindeutigen, wissenschaftlich richtigen Interpretationsergebnissen kommen zu können. Vielmehr hat die Reine Rechtslehre eher Berührungspunkte

der Staatsgerichtsbarkeit, in: *Die Wiener Rechtstheoretische Schule*, S. 1813 ff., insbes. S. 1840 ff.

42 Vgl. auch: A. Merkl, Das doppelte Rechtsantlitz, in: *Die Wiener Rechtstheoretische Schule*, S. 1091 ff., S. 1095, S. 1096.

43 H. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, S. 348. Das Bild des Rahmens findet sich schon früh bei A. Merkl, Das Recht im Lichte seiner Anwendung, in: *Die Wiener Rechtstheoretische Schule*, S. 1167 ff., S. 1168: „Die Rechtswissenschaft entfernt sich in diesen Fällen von ihrem Ausgangspunkte, dem Gesetze, wenn sie innerhalb des vom Gesetze offengelassenen Rahmens noch Genaueres in Erfahrung bringen will, wenn sie etwa nur ein ganz bestimmtes Strafausmaß innerhalb des gesetzlichen Spielraums für angemessen und darum rechtmäßig erklärt, wenn sie ganz bestimmte, dem Gesetz nicht zu entnehmende Direktiven für die Ausübung des freien Ermessens dem Richter an die Hand gibt.“

44 H. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, S. 243.

45 Vgl. H. Kelsen, Juristischer Formalismus und reine Rechtslehre, in: JW 1929, S. 1723 ff., S. 1724.

mit der Freirechtslehre,⁴⁶ jedenfalls insoweit, als dies das dezisionistische Element in der richterlichen Urteilsfindung herausstellte und die Unhaltbarkeit der These der Begriffsjurisprudenz, sie finde ihre Ergebnisse wissenschaftlich wertfrei und auf rein logischem Weg, widerlegte – eine Widerlegung, die nicht zuletzt durch die empirische Analyse der wirklichen richterlichen Tätigkeit geleistet wurde. Insoweit die Freirechtslehre jedoch über die Feststellung des notwendigen rechtsschöpferischen Elementes jeder Urteilstätigkeit hinaus dem Richter eine weitergehende, nicht mehr an dem Gesetz orientierte, möglicherweise sogar das Gesetz negierende Rolle zusprechen wollte, stand die Reine Rechtslehre im Gegensatz zu ihr, weil damit bestimmte politische Ziele verfolgt wurden, indes es Kelsen nur darauf ankam, die objektiven Bedingungen, unter denen Rechtsprechung und generell die Anwendung des Rechts möglich sind, zu analysieren.

Interpretationsmethoden und Rahmencharakter der anzuwendenden Norm

Das anzuwendende Recht bildet aber auch deshalb einen Rahmen, innerhalb dessen mehrere „richtige“ Entscheidungen möglich sind, weil Rechtsnormen mehrdeutig sind. „Der sprachliche Sinn der Norm ist nicht eindeutig; das Organ, das die Norm anzuwenden hat, steht vor mehreren möglichen Bedeutungen. Die gleiche Situation liegt vor, wenn der Normvollzieher annehmen zu können glaubt, daß zwischen dem sprachlichen Ausdruck der Norm und dem dadurch auszudrückenden Willen der normsetzenden Autorität eine Diskrepanz besteht, wobei durchaus dahingestellt bleiben mag, auf welche Weise dieser Wille festgestellt werden kann.“⁴⁷ Kelsen wendet sich entschieden gegen die traditionelle Jurisprudenz, die in der Interpretation der Rechtsnorm ein Verfahren erblickt, diese Unbestimmtheit der Rechtsnorm aufzuheben, mit der Folge, daß bei der Anwendung dieser Norm nur *ein* Ergebnis vorhanden ist, das Anspruch auf Richtigkeit zu erheben vermag. Die rechts-

46 Vgl. H. Kelsen, a.a.O., S. 1723 ff., S. 1726.

47 H. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, S. 348.

wissenschaftliche Unmöglichkeit, zu solchen eindeutigen Ergebnissen zu gelangen, folgt für Kelsen aus der Unmöglichkeit, zwischen den verschiedenen Interpretationsmethoden, insbesondere zwischen den objektiven und subjektiven, die allein richtige zu ermitteln. Haben alle Interpretationsmethoden die Vermutung gleicher Richtigkeit für sich, weil es kein wissenschaftliches Kriterium gibt, die Richtigkeit oder Falschheit einer Interpretationsmethode zu bestimmen, so sind alle Bedeutungsvarianten einer Rechtsnorm, die sich durch die Anwendung der verschiedenen Interpretationsmethoden ergeben, gleichermaßen „richtig“.⁴⁸ Die Gesamtheit dieser möglichen Bedeutungsvarianten bildet den „Rahmen“, den die Rechtsnorm für den Normanwender darstellt. Die Zahl dieser Bedeutungsvarianten ist grundsätzlich un abgeschlossen; vorhandene Interpretationsmethoden können besser oder anders angewandt werden, neue entwickelt werden.

Wenn Interpretation die erkenntnismäßige Feststellung des Sinns der zu interpretierenden Rechtsnorm ist, „so kann das Ergebnis einer Rechtsinterpretation nur die Feststellung des Rahmens sein, den das zu interpretierende Recht darstellt, und damit die Erkenntnis mehrerer Möglichkeiten, die innerhalb dieses Rahmens gegeben sind.“⁴⁹

Daraus folgt, daß vom rechtsanwendenden Organ – sei es nun der Gesetzgeber, der Richter, der Verwaltungsbeamte oder der Private – stets ein Willensakt gefordert wird, wenn es die höherrangige Norm anwendet, wenn es sein Handeln durch die höherrangige Norm bestimmen lassen will;⁵⁰ denn diese Bestimmung ist zwar – in welchem positiv-rechtlichen Ausmaß auch immer – vorhanden, kann aber das Handeln des rechtsanwendenden Organs nicht vollständig determinieren.⁵¹

Kelsen kritisiert also die herrschende Lehre, die den Vorgang der Interpretation so darstelle, „als ob es sich dabei nur um einen intellek-

48 Vgl. A. Merkl, Zum Interpretationsproblem, in: *Die Wiener Rechtstheoretische Schule*, S. 1059 ff., S. 1072: „Welche Interpretationsmethode jedoch anzuwenden sei, ist eine Sache außerrechtlicher, mehr oder minder dogmatischer Festsetzung. Und wie immer diese Festsetzung ausfallen möge, die unter dieser Voraussetzung operierende Rechtswissenschaft ist stets im Rechte.“

49 H. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, S. 349.

50 H. Kelsen, a.a.O., S. 350, S. 351. Vgl. A. Merkl, Das Recht im Lichte seiner Anwendung, in: *Die Wiener Rechtstheoretische Schule*, S. 1167, S. 1177.

51 H. Klinghoffer, Über mehrfache Auslegungsmöglichkeiten, S. 170.

tuellen Akt des Klärens oder Verstehens handelte, als ob das rechtsanwendende Organ nur seinen Verstand, nicht aber seinen Willen in Bewegung zu setzen hätte und als ob durch eine reine Verstandestätigkeit unter den vorhandenen Möglichkeiten eine dem positiven Recht entsprechende, im Sinne des positiven Rechts richtige Auswahl getroffen werden könnte.⁵² Jede Anwendung des Rechts, die diesen Rahmen beachtet, ist deshalb richtig, gleichviel, welche der verschiedenen Möglichkeiten der Auslegung nun gewählt worden ist. Die Interpretation des zur Anwendung des Rechts befugten Organs ist somit „authentisch“ und „schafft Recht“. Rechtswissenschaftliche Interpretation ist demgegenüber niemals authentisch, sie schafft kein Recht und darf kein Recht schaffen. Sie hat lediglich die Aufgabe, den Rahmen, den das Recht bildet, festzustellen. Wird von der Rechtswissenschaft eine Interpretation aus politischer Interessiertheit als die einzig richtige hingestellt und begründet, obwohl logisch auch andere Interpretationen möglich sind, dann wird das, „was nur ein politisches Werturteil ist, fälschlich als wissenschaftliche Wahrheit präsentiert“.⁵³ Auch in diesem Punkt zeigt sich, wie weit die Reine Rechtslehre von dem älteren Positivismus der Begriffsjurisprudenz entfernt ist, deren Credo es war, durch logische Begriffsentfaltung zu eindeutigen und richtigen Ergebnissen mit Hilfe der rechtswissenschaftlichen Interpretation zu kommen.

Auch die von der Reinen Rechtslehre behauptete Lückenlosigkeit der Rechtsordnung ist nicht so zu verstehen, daß vom Recht jeder einzelne, denkbare zwischenmenschliche Sachverhalt geregelt worden sei. Sofern eine positive Regelung nicht vorliegt, ist das zu beurteilende Verhalten jedenfalls negativ geregelt worden; was rechtlich nicht verboten ist, ist erlaubt.⁵⁴ Die Existenz einer Gesetzeslücke wird nach Kelsen vom rechtsanwendenden Organ nur dann angenommen, wenn die bloß negative Regelung als rechtspolitisch unerwünscht angesehen wird, unter rechtspolitischen Gesichtspunkten also der Gesetzgeber eine positive Regelung hätte treffen müssen.⁵⁵ Die Ausfüllung solcher „Lücken“ kann indes nur dem dazu befugten Organ, also im Regelfall, bei der Anwendung

52 H. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, S. 349.

53 H. Kelsen, a.a.O., S. 352.

54 H. Kelsen, a.a.O., S. 251.

55 H. Kelsen, a.a.O., S. 252.

eines Gesetzes, dem Gesetzgeber obliegen, nicht dem rechtsanwendenden Organ, etwa dem Richter.

Sieht man mit Kelsen im Recht eine Zwangsordnung,⁵⁶ dann ist diese Lösung logisch folgerichtig. Ihr kann auch eine positiv-rechtliche Regelung, die von der Existenz von Rechtslücken ausgeht, nicht entgegenstehen. Klassisch ist die Formulierung des Paragraph 1 des Schweizerischen Zivilgesetzbuchs: „Das Gesetz findet auf alle Rechtsfragen Anwendung, für die es nach Wortlaut oder Auslegung eine Bestimmung enthält. Kann dem Gesetz keine Vorschrift entnommen werden, so soll der Richter nach Gewohnheitsrecht, und, wo auch ein solches fehlt, nach der Regel entscheiden, die er als Gesetzgeber aufstellen würde.“ Kelsen versteht diese Bestimmung als eine Fiktion, die darin besteht, „[...] daß ein auf einem subjektiven, moralisch-politischen Werturteil beruhender Mangel einer bestimmten Rechtsnorm innerhalb einer Rechtsordnung als logische Unmöglichkeit ihrer Anwendung dargestellt wird“.⁵⁷

56 Vgl. zum Zwangscharakter des Rechts: P. Römer, Der Zwangscharakter des Rechts in der Rechtslehre Hans Kelsens und in der marxistischen Rechtstheorie, in diesem Band S. 66 ff., mit weiteren Nachweisen.

57 H. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, S. 253. In einer Kritik an der Kelsenschen Lückentheorie hat F. Bydliniski, Gesetzeslücke, Paragraph 7 ABGB und die Reine Rechtslehre, in: Festschrift für Franz Gschnitzer, 1969, S. 101 ff., versucht, der Kelsenschen Lückentheorie jedenfalls dann innere Widersprüchlichkeit nachzuweisen, wenn im Gesetz selbst der Richter zur Lückenausfüllung ermächtigt worden sei. Er glaubt, aus den Kelsenschen Darlegungen folgern zu können: „Da die dem Gericht erteilte Ermächtigung nur für den Fall gegeben ist, daß das geltende Recht unanwendbar ist und da weiter diese Voraussetzung nie zutrifft, ist in Wirklichkeit an die Gerichte gar keine Ermächtigung zur Abweichung vom positiven Recht erteilt.“ (S. 108). Diese Auffassung verkennt, daß die rechtslogische Unmöglichkeit einer Gesetzeslücke den Gesetzgeber nicht darin hindert, positiv-rechtlich von der Existenz von Rechtslücken auszugehen; der wissenschaftlichen Interpretation erscheint eine solche Bestimmung als Fiktion, wie sie vom Gesetzgeber öfters aufgestellt wird und deren Wesen darin besteht, etwas als rechtlich geltend zu bezeichnen, was in Wirklichkeit nicht existiert. Das Gericht ist nach Kelsen; selbstverständlich in der Lage, eine Rechtslücke anzunehmen, wenn der Gesetzgeber selbst ebenfalls von der Existenz von Rechtslücken ausgegangen ist. „Akzeptiert aber auch das Gericht die Annahme, daß es Lücken im Recht gebe, dann kann diese theoretisch unhaltbare Fiktion die beabsichtigte Wirkung haben.“ H. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, S. 254. Eingehend zur Kritik an Bydliniski: K. Ringhofer, Interpretation und Reine Rechtslehre. Gedanken zu einer Kritik, in: *Festschrift für Hans Kelsen zum 90. Geburtstag*, 1971, S. 198 ff. Unzutreffend ist die Stellungnahme F. Böhm's, Zur Interpretationstheorie der Reinen Rechtslehre im Licht ihrer gegenwärtigen Vertreter, in: *Jur. Blätter* 1975, S. 1 ff., S. 2, der gegen die Verteidigung der Kelsenschen Lückenlosigkeitstheorie durch Ringhofer einwendet,

Ulrich Klug, der die Kelsensche Lückenlosigkeitstheorie nicht teilt, gesteht ihr dennoch zu, daß sie folgerichtig sei.⁵⁸ Ein Normensystem, das keine Pflicht eines Individuums zu einem bestimmten Verhalten festgesetzt habe, stelle dies Verhalten in das Belieben des Normadressaten, so daß die Anwendung des betreffenden Normensystems nicht logisch unmöglich sei.⁵⁹ Wenn Klug demgegenüber – nicht in Widerspruch, sondern in Ergänzung der Kelsenschen Lückenlosigkeitstheorie – davon ausgeht, es gäbe bestimmte, in dem Normensystem unregelte Sachverhaltstypen, die unregelt geblieben seien, obwohl sie nach den Normen dieses oder eines anderen Normensystems geregelt worden sein sollten, so bestätigt er mit der Feststellung dieses Mangels, nämlich „fehlender Isomorphie zwischen geregelten und zu regelnden Sachverhaltstypen“,⁶⁰ die These von Kelsen, daß eine Lücke nur aufgrund einer – immer politisch gefärbten – Wertung angenommen wird.

Dogmatikkritik, Ideologiekritik und Interpretationslehre

Die bisher gegebenen Hinweise auf Grundelemente der Kelsenschen Interpretationslehre wären unvollständig, wenn nicht einige Erkenntnisse

Ringhofer verkenne völlig, „daß sich hier – im Grunde aber immer – dem Rechtsanwender und im gleichen Maße auch der Rechtswissenschaft kein logisches, sondern ein teleologisches Wertungsproblem stellt.“ Daß dies für die herrschende Lehre der Fall ist, verkennen weder Kelsen noch Ringhofer; nur kann Kelsen von seinem positivistischen Ansatz aus die These von der Existenz und Verbindlichkeit jener Wertvorstellungen, von denen die gesamte Rechtsordnung getragen sei, F. Böhm, a.a.O., S. 2, nicht akzeptieren, sondern sieht vielmehr in der Behauptung solcher rechtlich verbindlichen Wertvorstellungen eine unzulässige Vermengung von Recht und Politik; letztlich geht es bei der Kritik von Böhm nicht eigentlich um das Interpretationsproblem, sondern um die grundsätzliche Frage: Rechtspositivismus oder Naturrechtslehre?

58 U. Klug, Rechtslücke und Rechtsgeltung, in: *Festschrift für H. C. Nipperdey*, Bd. 1, 1965, S. 71 ff., S. 86 ff. Auch nach C. W. Canaris, *Die Feststellung von Lücken im Gesetz. Eine methodologische Studie über Voraussetzungen und Grenzen der richterlichen Rechtsfortbildung praeter legem*, 1964, S. 17, S. 31 ff., enthält die Feststellung einer Lücke ein Werturteil über die planwidrige Unvollständigkeit des Gesetzes; aufgrund seiner anderen Auffassung vom Recht zieht er allerdings daraus nicht die gleichen Folgerungen wie Kelsen.

59 U. Klug, Rechtslücke und Rechtsgeltung, S. 86, S. 87.

60 U. Klug, a.a.O., S. 87.

der Reinen Rechtslehre wenigstens kurz benannt würden, deren ausführlichere Behandlung im Rahmen dieses Beitrags zwar nicht möglich, deren Bedeutung für die Interpretation des positiven Rechts indes groß ist. Die strikte Trennung von Sein und Sollen, die ein Grundaxiom der Reinen Rechtslehre darstellt, hat zur Konsequenz, daß der Begriff des Rechts, als des Objektes der Auslegung, lediglich normative Bestandteile enthält.

In seinem Bestreben, eine reine Theorie des positiven Rechts zu begründen, wendet sich Kelsen nicht nur gegen soziologische und realistische Rechtsschulen; in zahlreichen Abhandlungen versucht er, die Unmöglichkeit einer Naturrechtslehre nachzuweisen⁶¹ sowie die Notwendigkeit, Recht und Moral,⁶² Wertbetrachtung und Rechtsbetrachtung⁶³ voneinander zu trennen. Wird das Recht nicht mehr ausgelegt, sondern werden in das Recht allgemeine Werte und Normen materialer Gerechtigkeit hineingelegt, so ist nicht mehr die erkenntnismäßige Feststellung des Sinns des zu interpretierenden Objektes das Ziel der rechts-

61 Vgl. vor allem: H. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, S. 402 ff.; ders., *Naturrecht und positives Recht*, in: *Die Wiener Rechtstheoretische Schule*, S. 215 ff.; ders., *Die Idee des Naturrechts*, in: ders., a.a.O., S. 245 ff.; ders., *Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus*, in: H. Kelsen, a.a.O., S. 218 ff.; ders., *Die Grundlagen der Naturrechtslehre*, in: ders., a.a.O., S. 869 ff.

62 Vgl. dazu die Kontroverse zwischen M. Kriele und R. Walter: M. Kriele, *Rechtspflicht und die positivistische Trennung von Recht und Moral*, in: *ÖZöR* 1966, S. 413 ff.; R. Walter, *Die Trennung von Recht und Moral im System der Reinen Rechtslehre*, in: *ÖZöR* 1967, S. 123 ff.; M. Kriele, *Recht und Moral und die Problematik der Reinen Rechtslehre*, in: *ÖZöR* 1967, S. 382 ff.

63 Vgl. zur Wertbetrachtung im Recht und zu der gegenwärtigen Grundwertediskussion: P. Römer, *Kritik bürgerlicher Wertauffassungen des Rechts*, in Band 2 der vorliegenden Beiträge, mit weiteren Literaturhinweisen. Die Kritik, die neuestens von P. Böhm an der Interpretationslehre H. Kelsens geübt worden ist, basiert auf der Annahme, dem Recht seien erkennbare Werte vorgelagert. Der Grund für Fehlerhaftigkeit und praktische Nutzlosigkeit der Interpretationslehre Kelsens liege „einfach darin, daß ‚positives Recht‘, verstanden als bloßer Gesetzestext, losgelöst von ihm zugrunde liegenden Werturteilen und Sinnbezügen, für sich noch nicht ‚Recht‘ ist“. P. Böhm, *Zur Interpretationstheorie der Reinen Rechtslehre im Lichte ihrer gegenwärtigen Vertreter*, in: *Jur. Blätter* 1975, S. 1 ff., S. 3, sowie S. 7: „Das fundamentale Mißverständnis der Reinen Rechtslehre, das zu der seit jeher kritisierten Sinnentleerung geführt hat, liegt zweifellos in ihrem gestörten Verhältnis zur Wertlehre.“ Indes gelingt es auch Böhm nicht, eine solche Wertlehre zu begründen; eine Auseinandersetzung mit der Kritik Kelsens an der Naturrechtslehre und der Wertbetrachtung im Recht wird nicht vorgenommen; es bleibt bei dem bloßen Postulat einer materialen rechtlichen Wertlehre.

wissenschaftlichen Arbeit, und dann handelt es sich nach Kelsen nicht mehr um Interpretation.⁶⁴

Von großer Bedeutung für die Interpretation des positiven Rechts ist weiter die Kelsensche Kritik an den wesentlichen Begriffen der überkommenen und heute noch herrschenden Dogmatik. Diese Kritik ist von Kelsen stets – hier wie an vielen anderen Stellen seines Werks die rein rechtswissenschaftliche Strukturanalyse des Rechts transzendierend – verbunden worden mit einer Ideologiekritik,⁶⁵ die die Begrifflichkeit der herrschenden Lehre auf gesellschaftliche und politische Verhältnisse und Interessen zurückführte. Es ist hier in erster Linie zu verweisen auf die Aufhebung der Wesensunterscheidung von öffentlichem und privatem Recht,⁶⁶ von subjektivem und objektivem Recht,⁶⁷ auf die Ablehnung der Konstruktion des Privateigentums als Ausschließungsrecht⁶⁸

64 Interpretation ist ausschließlich „die erkenntnismäßige Feststellung des Sinnes des zu interpretierenden Objektes“, vgl. H. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, S. 349.

65 Vgl. zu H. Kelsen als Ideologiekritiker vor allem: E. Topitsch, Einleitung zu H. Kelsen, *Aufsätze zur Ideologiekritik*, mit einer Einleitung herausgegeben von E. Topitsch, 1964, S. 11 ff.; H. Mayer, Das Ideologieproblem und die Reine Rechtslehre, in: *33 Beiträge zur Reinen Rechtslehre*, S. 213 ff.; H. H. Holz, Hans Mayers Beitrag zur Ideologietheorie, in: I. Jens (Hrsg.), *Über Hans Mayer*, 1977, S. 39 ff., insbes. zur Anwendung des Ideologiebegriffs auf die Rechtswissenschaft, S. 47 ff.; P. Römer, Die Reine Rechtslehre Hans Kelsens als Ideologie und Ideologiekritik, in diesem Band S. 11 ff.; M. Tadic, Kelsen et Marx, Contribution au problème de L'idéologie dans la Théorie pure du Droit et dans le marxisme, in: *Archives de Philosophie du droit*, Tome XII, *Marx et le droit moderne*, 1967, S. 243 ff.

66 Vgl. H. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, S. 284 ff.; ders., *Allgemeine Staatslehre*, S. 80 ff.; N. Achterberg, Die Reine Rechtslehre und die Staatstheorie der Bundesrepublik Deutschland, in: *Der Einfluß der Reinen Rechtslehre auf die Rechtstheorie in verschiedenen Ländern*, 1978, S. 7 ff., insbes. S. 8; P. Römer, Die Reine Rechtslehre Hans Kelsens als Ideologie und Ideologiekritik, in diesem Band S. 11 ff. mit weiteren Nachweisen.

67 H. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, S. 137 ff., S. 142 ff.; P. Römer, Die Reine Rechtslehre Hans Kelsens als Ideologie und Ideologiekritik, in diesem, Band S. 11 ff.

68 Vgl. H. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, S. 135 ff.; gegen die Sachherrschaftstheorie wendet Kelsen besonders ein, sie werde aufrechterhalten, „weil die Bestimmung des Eigentums als Verhältnis zwischen Person und Sache dessen ökonomisch entscheidende Funktion verhüllt: die Funktion der Ausbeutung, die ja gerade in der Beziehung des Eigentümers zu allen anderen vom Zugriff auf seine Sache ausgeschlossenen, vom objektiven Recht zur Respektierung der ausschließlichen Verfügungsgewalt des Eigentümers verpflichteten Subjekt besteht.“ H. Kelsen, in: ders., *Demokratie und Sozialismus Ausgewählte Aufsätze*, hrsg. und eingel. von N. Leser, 1967, S. 69 ff., S. 107, S. 108. Zur Entwicklung des Eigentumsbegriffs vgl.: W. Däubler/U. Sieling-Wendeling/H. Welkoborsky, *Eigentum und Recht. Die Entwicklung des Eigentumsbegriffs im Kapi-*

oder des Innenbereichs des Staates als eines rechtsfreien Raums.⁶⁹ Bei der Kelsenschen Kritik an den Begriffen der herrschenden Dogmatik zeigt sich, wie unrichtig es ist, der Reinen Rechtslehre Formalismus und Bedeutungslosigkeit für die Praxis vorzuwerfen; um aus der Fülle der möglichen Beispiele nur eines herauszugreifen: Die Konstruktion des besonderen Gewaltverhältnisses als eines Nichtrechtsverhältnisses ist von Kelsen als Relikt des monarchischen Obrigkeitsstaates und als ein Ergebnis des Klassenkompromisses zwischen Adel und Bürgertum im Deutschland des 19. Jahrhunderts kritisiert worden;⁷⁰ die rechtslogische Unsinnigkeit eines solchen, Rechtspflichten und Rechte begründenden, angeblichen Gewalt- und Nichtrechtsverhältnisses wurde von Kelsen überzeugend dargelegt. Dennoch: Wie wenig wurde Kelsen beachtet, wie viel Papier wurde unnötig bedruckt, bis letztlich auch die herrschende Lehre zum gleichen Ergebnis gelangte!⁷¹

Die Interpretationslehre Kelsens und die Möglichkeit einer „wahren“ rechtswissenschaftlichen Erkenntnis des Rechts

Vom Standpunkt Kelsens aus kann es nicht um die Wahrheitsfähigkeit der Rechtsnormen selbst gehen, nicht um richtig oder falsch geoffenbartes Naturrecht, nicht um irrational erschaute Werte, die dem Recht unterlegt werden, sondern die Wahrheitsfrage kann sich allein auf die

talismus, 1976; H. Rittstieg, *Eigentum als Verfassungsproblem*, 1975; P. Römer, *Entstehung, Rechtsform und Funktion des kapitalistischen Privateigentums*, 1978.

69 H. Kelsen, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre. Entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze*, 1923, unveränderter Neudruck 1960, S. 491 ff.; ders., *Allgemeine Staatslehre*, S. 236 ff.

70 Vgl. H. Kelsen, *Allgemeine Staatslehre*, S. 82 ff.

71 So stellt F. Ermacora 1960 zutreffend fest: „Somit ragt das Denkgebäude der Wiener Schule, zu dem auch die verwaltungsrechtswissenschaftlichen Thesen Merkl's zählen, in den Stand der Wissenschaft vom öffentlichen Recht wie ein erratischer Block, dem man ausweicht.“ F. Ermacora, Die Bedeutung und die Aufgabe der Wiener Schule für die Wissenschaft vom öffentlichen Recht der Gegenwart, in: *ÖZöR* 1960, S. 347 ff. An diesem Zustand hat sich allzuviel bis heute nicht geändert; vgl. die Übersicht über die Schriften aus dem Verwaltungsrecht bei N. Achterberg, Die Reine Rechtslehre in der Staatstheorie der Bundesrepublik Deutschland, in: *Der Einfluß der Reinen Rechtslehre auf die Rechtstheorie in verschiedenen Ländern*, 1978, S. 7 ff., S. 9.

Aussagen der Rechtswissenschaft über die Normen des positiven Rechts beziehen. Ob rechtswissenschaftliche Sätze über den jeweiligen Objektbereich, über das rechtliche Sollen, wahrheitsfähig sind, könnte nach den Aussagen Kelsens zu den Interpretationsmethoden zweifelhaft sein. Die verbindliche Entscheidung des rechtsanwendenden Organs ist nicht nur Erkenntnis-, sondern auch Willensfunktion. Im Regelfall läßt sich rechtswissenschaftlich keine eindeutige Aussage über die Rechtsnorm mit Hilfe der Interpretation gewinnen, sondern es können allenfalls die möglichen Bedeutungen der Rechtsnorm festgestellt werden.

Unter ausdrücklichem Bezug auf Kelsen formuliert deshalb Adomeit die These, Kelsen sei ein Anhänger, wenn nicht gar der Begründer des juristischen Indeterminismus. „Diese Lehre leugnet, daß mit dem Gesetz die konkrete Rechtslage – also die Antwort auf die Frage ‚Was ist Rechtens?‘ – bereits vorgegeben sei. Jedenfalls leugnet sie dies für alle nicht ganz trivialen Fälle, also gerade für den Bereich, in dem sich der juristischen Methode Aufgaben stellen.“⁷² Deshalb hält er es auch für mißverständlich, wenn Kelsen sich selbst als Positivist bezeichnet. Der Auffassung Adomeits kann weder generell noch hinsichtlich der Kelsen-Interpretation zugestimmt werden. Will die Rechtswissenschaft Wissenschaft sein und sich nicht damit begnügen, Urteile zu katalogisieren oder sich in allgemeinen philosophischen oder politischen Überlegungen zu ergehen, und will sie nicht der Gefahr erliegen, sich – demokratiewidrig! – an die Stelle des Gesetzgebers zu setzen, dann muß sie in der Lage sein, wissenschaftlich richtige Aussagen über ihr Objekt, das positive Recht, zu machen. Das ist auch die Ansicht Kelsens; Rechtswissenschaft hat Erkenntnisfunktion; diese Erkenntnis ist entweder falsch oder richtig. Die Aussagen Kelsens zu diesem Punkt sind eindeutig, so z. B.: „In der Anwendung des Rechtes durch ein Rechtsorgan verbindet sich die erkenntnismäßige Interpretation des anzuwendenden Rechtes mit einem Willensakt, in dem das rechtsanwendende Organ eine Wahl trifft zwischen den durch die erkenntnismäßige Interpretation aufgezeigten Möglichkeiten.“⁷³ Man wird deshalb Kelsen schwerlich unterstellen

72 K. Adomeit, Stichwort: „Juristische Methode“, in: A. Görlitz (Hrsg.), *Handlexikon zur Rechtswissenschaft*, Bd. 1, 1972, S. 217, S. 218.

73 H. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, S. 351; sowie S. 74: „In der Unterscheidung von Rechtsatz und Rechtsnorm kommt der Unterschied zum Ausdruck, der zwischen der Funk-

können, er vertrete eine „eigentlich schon nihilistische Ansicht“, ⁷⁴ denn jeder Rechtsanwendung geht die erkenntnismäßige Feststellung des anzuwendenden Rechts voraus. Kelsen hat auch wenig mit einer Auffassung von der Rechtswissenschaft als Wissenschaft zu tun, die sich folgendermaßen äußert: „Die Rechtswissenschaft kann die Kriterien exakter Wahrheitsbegriffe schwer erfüllen. Eigentlich nur mit der schlichten Wiedergabe, dem Zitat, dessen Inhalt man auch anderswo fände. Danach wäre der Schönfelder das wahrheitshaltigste unserer Bücher?“ ⁷⁵ Das bereits erörterte Lückenproblem kann als ein exemplarisches Beispiel dafür dienen, daß die positivistische Bindung an den Willen des Gesetzgebers nicht dazu führen muß, lediglich dessen Worte in anderer Form zu wiederholen; rechtswissenschaftlich gesehen, liegt nach Kelsen hier eine Fiktion vor, selbst wenn der Gesetzgeber von der Realexistenz von Rechtslücken – fälschlicherweise – ausgegangen sein sollte. ⁷⁶ Interpretation ist nach Kelsen ein notwendiger Vorgang, weil der Wille des Gesetzgebers sich in der Norm sehr oft nicht eindeutig geäußert hat. Interpretation hat die Vielfalt der möglichen Bedeutungen der Rechtsnorm zu beschreiben. Wenn W. Meyer in Kritik an Adomeit formuliert: „Aufgabe der Wissenschaft gegenüber dem Gesetzesanwender ist es aufzuzeigen, was der Gesetzgeber entschieden hat und welche Kompetenzen dem Rechtsanwender zukommen, um ihm den Rahmen und den Spielraum eigen-

tion der Rechtserkenntnis und der von ihr völlig verschiedenen Funktion der Rechtsautorität besteht, die von den Organen der Rechtsgemeinschaft repräsentiert wird. Die Rechtswissenschaft hat das Recht – gleichsam von außen her – zu erkennen und auf Grund ihrer Erkenntnis zu beschreiben. Die Rechtsorgane haben – als Rechtsautorität – das Recht allererst zu erzeugen, damit es dann von der Rechtswissenschaft erkannt und beschrieben werden kann. Es ist richtig, daß auch die das Recht anwendenden Organe das von ihnen anzuwendende Recht vorerst – gleichsam von innen her – zu erkennen haben.“

74 K. Adomeit, Stichwort: „Juristische Methode“, S. 218.

75 K. Adomeit, Zur Einführung: Rechtswissenschaft und Wahrheitsbegriff, in: JuS 1972, S. 628 ff., S. 631.

76 Richtig ist allerdings nach der Kelsenschen Interpretationslehre, daß dem Inhalt des Rechts als des Objekts der rechtswissenschaftlichen Erkenntnis nichts hinzugefügt werden darf. Das schließt aber keineswegs aus, daß die Masse der positiven Rechtsnormen wissenschaftlich ihrem Wesen, ihrer Struktur, ihrer Funktion nach untersucht werden kann und daß Interpretation möglich und nötig ist. So ist auch die Äußerung Merkl's zu verstehen: „Rechtswissenschaft ist im Grund nur die Wiederholung eines unveränderten Inhalts in veränderter Form.“ A. Merkl, Zum Interpretationsproblem, in: *Die Wiener Rechtstheoretische Schule*, S. 1059 ff., S. 1063.

verantwortlicher Entscheidung zu machen“⁷⁷, so hätte er sich dabei durchaus auf Kelsen berufen können, den Adomeit partiell für sich reklamiert; sogar das Bild der anzuwendenden Norm als eines Rahmens, ein Bild, das für die Interpretationslehre Kelsens eine vergleichbare Bedeutung hat wie das des Stufenbaus der Rechtsordnung zur Beschreibung des Selbsterzeugungsprozesses des Rechts, taucht in dieser Formulierung auf.⁷⁸

Juristische Interpretation vermag nach Kelsen durchaus zu einem richtigen, zu einem wahren Ergebnis zu führen, allerdings nicht zu dem Ergebnis, zu dem zu gelangen nach herrschender Auffassung die Aufgabe der rechtswissenschaftlichen Interpretation sein soll: der Ableitung der konkreten Entscheidung des rechtsanwendenden Organs aus der höherrangigen Rechtsnorm. Die These, die Kelsen formuliert, ist im Grunde sehr einfach und gerade deshalb die überkommene Lehre revolutionierend: Die Rechtserkenntnis kann nicht mehr erkennen als das Objekt ihrer Erkenntnis; was nicht Inhalt der positiven Rechtsnorm ist, kann auch nicht als Inhalt dieser Rechtsnorm erkannt werden. Ist der Inhalt der Rechtsnorm so beschaffen, daß er nicht eindeutig ist, sondern mehrere Sinnbedeutungen hat, so kann rechtswissenschaftlich auch nichts Eindeutiges erkannt werden; vielmehr muß der Inhalt der Rechtsnorm sich in der rechtswissenschaftlichen Erkenntnis in seiner Mehrdeutigkeit widerspiegeln, wenn die rechtswissenschaftliche Erkenntnis richtig sein soll.⁷⁹

77 W. Meyer, Noch einmal: Wahrheitsbegriff und Rechtswissenschaft, in: JuS 1973, S. 202, S. 203.

78 Zur Forderung nach Wahrheitsfähigkeit der juristischen Erkenntnisse und zur Kritik an der herrschenden Lehre vgl. auch: P. Römer, Kleine Bitte um ein wenig Positivismus. Thesen zur neueren Methodendiskussion, im Band 2 der vorliegenden Beiträge.

80 Vgl. auch A. Merkl, Das Recht im Lichte seiner Anwendung, in: *Die Wiener Rechtstheoretische Schule*, S. 1167 ff., S. 1201: „In aller Rechtsanwendung spiegelt sich nur anzuwendendes Recht.“, a.a.O., S. 1178: „Was wir – und zwar mit gutem Grunde – unter dem Titel der Rechtswissenschaft betreiben, ist im Grunde nur eine Wissenschaft vom Gesetze. Diese Wissenschaft vom Gesetze kann nicht mehr beinhalten, als das Gesetz beinhaltet.“

Rationalität und Irrationalität der Interpretationslehre Kelsens

An Aufklärungsarbeit hat die Interpretationslehre Kelsens, fast gänzlich unbeachtet von der ausufernden bundesrepublikanischen Literatur zu juristischen Methodenfragen, viel geleistet: die radikale Kritik an der Begriffsjurisprudenz, die Begründung der These, daß Rechtsanwendung stets zugleich Konkretisierung der anzuwendenden Norm sei; die Betonung des Willenselements in der Rechtsanwendung bei gleichzeitiger Bindung des Normanwenders an die Rechtsnorm, die angewandt wird; eine Dogmatikkritik, die alle Reste des naturrechtlichen Denkens beseitigte und die Begriffe der herrschenden Lehre kritisch auf ihre rechtslogische Richtigkeit und ihre politisch-soziale Bedingtheit und Funktion hin analysierte.

Konvergenzen und Berührungspunkte mit Ergebnissen und Thesen der neueren Methodendiskussion sind zahlreicher, als die weitgehende Ausblendung der Kelsenschen Lehre aus dieser Diskussion vermuten läßt. Nicht hinlänglich erkannt wurde vor allem, welche Bedeutung Kelsens Interpretationslehre für die Einbeziehung der Sozialwissenschaften in die Rechtswissenschaft besitzt.⁸⁰ Kelsen benennt nämlich sehr exakt und radikal den Punkt, an dem Rechtswissenschaft und Rechtserkenntnis im überkommenen Sinne an ihre Grenzen stoßen müssen:⁸¹ Wenn eine Willensentscheidung des rechtsanwendenden Organs erforderlich wird, um zu einer konkreten Entscheidung zu kommen, wenn die Rechtsanwendung also zugleich Rechtsetzung wird.⁸² Die Willensentscheidung des rechtsanwendenden Organs läßt sich gewiß genauer analysieren: als

80 Vgl. dazu Wielinger, Rezension von H.-J. Koch, Seminar: Die juristische Methode im Staatsrecht. Über die Grenzen von Verfassungs- und Gesetzesbildung, 1977, in: ARSPH 1978, S. 291 ff., S. 292, der mit Hinweis auf die Interpretationslehre Kelsens und Merkl's und deren Nicht-Aufnahme in die rezensierte Schrift polemisch anmerkt, „daß ein Gutteil der Gedanken, die im Kampf gegen die falschen Propheten des Teufels Positivismus als brandneue Argumente angepriesen werden, von manchem dieser Ketzer schon vertreten worden sind, als die entflamten Exorzisten noch gar nicht geboren waren ...“

81 Vgl. dazu auch J. Behrend, *Untersuchungen zur Stufenbaulehre Adolf Merkl's und Hans Kelsens*, S. 87 ff., insbes. S. 98.

82 A. Merkl geht so weit, innerhalb des Gesetzesrahmens Ethik und Politik selbst als Rechtsquellen anzusehen: A. Merkl, Das Recht im Lichte seiner Anwendung, in: *Die Wiener Rechtstheoretische Schule*, S. 1167 ff., S. 1183.

Vorverständnis (Kelsen würde sicherlich den Begriff „Vorurteil“ vorgezogen haben, da es sein Bestreben war, Sachverhalte nicht beschönigend zu umschreiben) des Richters von der sachgerechten Fallentscheidung; als eine Entscheidung, die nur getroffen werden sollte unter Berücksichtigung der sozialwissenschaftlichen Analyse der Interessen, über die entschieden wird; als eine Entscheidung, die ihre eigenen sozialen, politischen, gesellschaftlichen Folgen mitberücksichtigt; als eine Entscheidung, die bestimmten formalen Regeln folgt, z. B. der von der Widerspruchlosigkeit, und deshalb in einem gewissen Umfang intersubjektiv rational nachprüfbar ist; als eine Entscheidung, die aufgrund eines rationalen Diskurses über soziale Präferenzregeln konsensfähig ist; als eine Entscheidung, bei der vom Entscheidenden seine eigene Entscheidungssituation sowie seine subjektiven Entscheidungsvoraussetzungen – Herkunft, familiäre und professionelle Sozialisation, individualpsychologische Einstellungen – mitzureflektieren sind.⁸³

Der Rationalitätsgewinn, den Kelsens Analyse des Rechtsanwendungsprozesses verspricht, wird allerdings von ihm selbst wieder aufgehoben. Der Einbruch des Seins in den Bereich reiner Sollgeltung erweist sich nämlich als der Einbruch der Irrationalität in den Bereich rationaler Rechtserkenntnis. Kelsen zieht nicht die Folgerung, die aus seiner Stufenbau- und Interpretationslehre zu ziehen notwendig wäre: daß die Rechtswissenschaft zugleich „Rechtserzeugungswissenschaft“⁸⁴ zu sein hätte – eine *Rechtserzeugungswissenschaft* und nicht lediglich eine *Gesetzgebungswissenschaft*, weil Recht nicht nur auf der Stufe der Gesetzgebung erzeugt wird; eine *Wissenschaft* von der Rechtserzeugung, weil auch die Willenselemente, die den Prozeß der Rechtsanwendung und Rechtserzeugung mitbestimmen, wissenschaftlich nach ihren Bedingungen, Erscheinungsformen und Folgen untersucht werden müssen.

83 Vgl. insoweit zur neueren Methodendiskussion jeweils mit eingehenden weiteren bibliographischen Hinweisen: R. Dreier/F. Schwegmann, *Probleme der Verfassungsinterpretation. Dokumentation einer Kontroverse*, 1976; K. Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 3. Aufl., 1975; Fr. Müller, *Juristische Methodik*, 2. Aufl., 1976.

84 Dieser treffende Ausdruck bei: Fr. Müller, *Rechtsstaatliche Methodik und politische Rechtstheorie*, in: *Rechtstheorie* 1977, S. 73 ff., S. 83, dessen Auffassung, daß die Rechtsnorm nichts vorentschieden habe – zumindest die des bürgerlichen Rechtsstaates –, so daß der Rechtsanwender alles zu entscheiden habe, allerdings nicht gefolgt werden kann.

Die Kelsensche Interpretationslehre, die zwar erkennt, daß dem Willen, daß der Entscheidung bei der Selbsterzeugung des Rechts eine entscheidende Rolle zukommt, die aber zugleich diese Entscheidung als bloße irrationale Dezision ansieht, mit der man – jedenfalls qua Rechtswissenschaft – sich nicht weiter zu beschäftigen habe, ist nicht nur wissenschaftlich ungenügend, sondern erfüllt auch dringende Bedürfnisse der Praxis nicht. Insoweit haben die oft mit falschen Begründungen vortragenden Bedenken gegen die Reine Rechtslehre einen berechtigten Kern.⁸⁵

Es läßt sich auch nicht argumentieren, Kelsen habe die Feststellung, welche Entscheidung im Rahmen des anzuwendenden Rechts „richtig“ sei, anderen Wissenschaften überlassen, so daß das beschriebene Problem kein grundsätzliches sei, sondern das der Einheit oder Differenzierung von Wissenschaften.

Nun gibt es natürlich gute Gründe, mit Kelsen zu bezweifeln, daß es möglich sei, jede einzelne politische Entscheidung, die im Prozeß der Erzeugung des Rechts getroffen werden muß, als wissenschaftlich richtige zu bestimmen. Darüber kann und muß an dieser Stelle nichts weiter ausgeführt werden, denn es läßt sich jedenfalls schwerlich bestreiten, daß mit Hilfe der Soziologie, der Politikwissenschaft, der Volkswirtschaft etc., daß also mit Hilfe des ganzen Ensembles der Gesellschaftswissenschaften – mit welchem unterschiedlichem Erfolg und bis zu welchem Grad auch immer – diese Entscheidungen weiter rationalisiert und verwissenschaftlicht werden können.

Diese Einwände betreffen die Unterscheidung von authentischer und nichtauthentischer rechtswissenschaftlicher Interpretation. Diese Unterscheidung zu machen, ist notwendig; bestritten wird jedoch, daß wissenschaftlich nur der Rahmen erkannt werden kann, innerhalb dessen lediglich willkürliche Dezision von Autoritäten stattfindet. Die Bestimmung des Rahmens ist nur die erste, notwendige und wichtige Stufe des rechtswissenschaftlichen Erkenntnisprozesses; ihm müssen sich weitere Stufen anschließen, die mit anderen, sozialwissenschaftlichen Methoden diesen Prozeß fortsetzen.

Das anzuwendende Recht als Rahmen, innerhalb dessen mehrere Möglichkeiten der Anwendung bestehen – auch diese Erkenntnis Kel-

85 Vgl. die Polemik bei H. Klenner, *Rechtsphilosophie in der Krise*, 1976, S. 57.

sens ist von beträchtlicher Aktualität. Bereits R. Walter wies darauf hin,⁸⁶ daß die topische Rechtslehre,⁸⁷ die in der Bundesrepublik von großem Einfluß ist, auch auf dem Gebiet der Verfassungsinterpretation, für das sie vor allem von Ehmke nutzbar gemacht wurde,⁸⁸ ebenso wie Kelsen von den vielfachen Bedeutungen der Rechtsnorm ausgeht. Der für Kelsens Lehre zentrale Begriff der Rechtsnorm als Rahmenordnung ist – allerdings beschränkt auf die Verfassungsrechtsnorm – eindrucksvoll und in kritischer Auseinandersetzung mit den vorherrschenden Interpretationslehren von E.-W. Böckenförde in die wissenschaftliche Diskussion eingeführt worden. „Muß nicht die Verfassung – wegen ihres fragmentarischen, weithin unvollständigen und prinzipienhaften Charakters – als Rahmenordnung qualifiziert werden, Rahmenordnung für den politischen Handlungs- und Entscheidungsprozeß und die Ausübung der politischen Entscheidungs-, insbesondere der Rechtssetzungsgewalt?“⁸⁹ So fragt Böckenförde,⁹⁰ ohne freilich Kelsen zu erwähnen,⁹¹ entsprechend der Tradition des Hauses Carl Schmitt, „das seinen Kunden vieles unterschlägt, was manche andere eh nicht wissen (und bloß deshalb nicht verwerten können)“.⁹² Der Begriff der Rahmenordnung, wie ihn Kelsen versteht, hat eine doppelte Funktion: Er eröffnet den die Verfassung anwendenden Organen, also typischerweise dem Gesetzgeber, ein breites Feld politischer Gestaltungsmöglichkeiten, begrenzt andererseits aber

86 R. Walter, Kelsens Rechtslehre im Spiegel rechtsphilosophischer Diskussion in Österreich, in: ÖZöR 1968, S. 331 ff., S. 350.

87 Vgl. Th. Viehweg, *Topik und Jurisprudenz. Ein Beitrag zur rechtswissenschaftlichen Grundlagenforschung*, 5. Aufl., 1974; dort insbesondere zur Fortentwicklung der Topik weitere Angaben S. 111 ff.

88 H. Ehmke, Prinzipien der Verfassungsinterpretation, in: VVDStRL 20, S. 53 ff.

89 E.-W. Böckenförde, Die Methoden der Verfassungsinterpretation – Bestandsaufnahme und Kritik, in: NJW 1976, S. 2089 ff., S. 2099.

90 Zustimmung zu dieser Qualifizierung der Verfassung als Rahmenordnung durch Böckenförde: R. Schlothauer, Die Verhängung des permanenten Ausnahmezustandes im Wege der Verfassungsinterpretation. Zur gegenwärtigen Diskussion über die Methoden der Verfassungsauslegung, in: *Leviathan* 1977, S. 538 ff., S. 540.

91 Es dürfte zu den Merkwürdigkeiten bundesrepublikanischer Wissenschaftsgeschichte gehören, daß E.-W. Böckenförde auch in seiner Schrift über: *Gesetz und Gesetzgebende Gewalt. Von den Anfängen der deutschen Staatsrechtslehre bis zur Höhe des staatsrechtlichen Positivismus*, 1958, das weltberühmte Werk Kelsens, *Die Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, das denselben Gegenstand behandelt, nicht erwähnt; vgl. dazu: P. Römer, Das Recht als Basis und Überbau, in: PVS 1970 S. 300 ff., S. 302.

92 H. Ridder, Epirrhosis? Carl Schmitt und ein Ende, in: NPL 1971, S. 317 ff., S. 327.

als Rahmen auch diese Gestaltungsmöglichkeiten, weil das Verhältnis zwischen einer höheren und einer niederen Stufe der Rechtsordnung eine „Relation der Bestimmung oder Bindung ist“.⁹³

Die Offenheit der Verfassung bleibt gewahrt, Rechtsanwendung ist ein Vorgang des „law in making“, des „law in action“ und bleibt doch positivistisch gebunden an die höherrangige Norm. Für topische und hermeneutische Interpretationslehren,⁹⁴ für Lehren, die die Rechtsordnung in eine Wertordnung umdeuten, die für die umwandelnde und verwandelnde Kraft der Verfassungswirklichkeit eintreten, verliert demgegenüber das anzuwendende Recht seine Funktion als Rahmen- und Grenzziehung; der Rahmen selbst wird dem Bild, das man sich von Recht und Wirklichkeit macht, angepaßt. Dies gilt auch für scheinprogressiv auftretende „alternative“ Interpretation⁹⁵ oder für die Justizforschung, die den politischen Richter als Sozialarbeiter versteht, der sich vom „devoten Gesetzespriester“⁹⁶ zu emanzipieren habe. Speziell die Hermeneutik und die Wertordnungslehre zeigen deutlich, daß jegliche Rationalität und wissenschaftliche Überprüfbarkeit verlorengelht, wenn die Bindungskraft der anzuwendenden Norm vermindert oder beseitigt wird. Politisch zeichnen sich alle diese Theorien durch Demokratiefierne aus; der „devote Gesetzespriester“ dient immerhin dem vom demokratischen

93 H. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, S. 347; in der Kritik an der Ausdeutung seiner Lehre durch K. Leiminger hat H. Kelsen sich nachdrücklich gegen die Behauptung verwahrt, in seiner Lehre gebe es keine Rechtserkenntnis, sondern nur Rechtsschaffung, und er spräche dem Richter die Funktion der Rechtserkenntnis ab, er hat demgegenüber die Bedeutung des Bindungselements bei der Rechtsanwendung, dem im Rahmen des als bindend Erkannten ein Willenselement hinzugefügt werde, betont. Vgl. H. Kelsen, Die Problematik der Reinen Rechtslehre, in: *ÖZöR* 1968, S. 143 ff., S. 179 ff.

94 Zur Kritik an der Hermeneutik vgl. E. P. Haba, Hermeneutik contra Rechtswissenschaft, in: *ARSPH* 1978, S. 163 ff., mit weiteren Nachweisen ders., Rationalität?, in: *Rechtstheorie* 1977, S. 145 ff. Erfrischend die Feststellung, a.a.O., S. 157: „Was Perelman, Gadamer, Habermas usw. unter ‚Rationalität‘ oder ‚vernünftig‘ verstehen, ist, nüchtern betrachtet, einfach folgendes: Rational ist das, was dem Autor oder Menschen, die er für fähig genug hält, als solches einleuchtet. Wer diese Leute in jedem Fall genau sein sollen, bleibt unklar, geschweige denn nach welchen Kriterien sie sich richten sollen.“

95 Vgl. dazu: W. Däubler, Einige Überlegungen zur alternativen Rechtsinterpretation, in: P. Römer (Hrsg.), *Der Kampf um das Grundgesetz*, S. 33 ff.; H. Wagner, Probleme der Rechts-, insbesondere der Verfassungsauslegung, a.a.O., S. 133 ff.; P. Römer, Kleine Bitte um ein wenig Positivismus, im Band 2 der vorliegenden Beiträge.

96 Vgl. H. Rottleuthner, *Rechtswissenschaft als Sozialwissenschaft*, 1973, S. 24 ff.

Gesetzgeber erlassenen Gesetz, nicht den Vorstellungen einer elitären Richterkaste, nicht den unmittelbaren gesellschaftlichen und politischen Machtinteressen, die sich in der Rechtswirklichkeit durchsetzen, nicht dem manipulierten angeblichen Konsensus der Billig- und Gerechtdenkenden oder einer interessenabhängigen Wissenschaftlergilde.⁹⁷

Wird es Kelsen gelingen, mit seiner Interpretationsmethode die wissenschaftlich und politisch notwendige, von ihm selbst stets geforderte Relation der Bestimmung oder Bindung der niederrangigen Norm durch die höherrangige Norm durchzusetzen? Trotz der durchgängigen Betonung des Rechts als eines Rahmens bleibt ungewiß, wie dieser Rahmen festgestellt werden soll. Zumindest wäre zu fordern, daß Kelsen ein Kriterium angibt, mit dessen Hilfe festzustellen wäre, was überhaupt als Interpretationsmethode zu gelten habe und was sich nur den Namen einer Interpretationsmethode gibt, aber wissenschaftlichen und rechtswissenschaftlichen Grundanforderungen nicht mehr gerecht wird. Auch das Postulat von der völligen wissenschaftlichen Gleichwertigkeit aller Interpretationsmethoden führt zur Irrationalität der Rechtserkenntnis und zur Auflösung der rechtlichen Bindung des rechanwendenden Organs. Bereits die Tatsache, daß der Normgeber sich der Sprache und nicht irgendwelcher anderer Zeichen oder Kommunikationsmittel bedient, erfordert den Vorrang der sprachlichen, der semantischen Auslegung. Richtig heißt es deshalb bei Merkl: „Unter der Voraussetzung, daß das Gesetz Recht ist, stellt sich aber andererseits doch nur die grammatisch-logische Interpretation als geboten dar und sind alle anderen denkbaren Interpretationsmethoden höchstens möglich und immer akzessorisch-suppletorisch.“⁹⁸ Zu prüfen wäre darüber hinaus, ob nicht aus der Normtheorie Kelsens folgt, daß bei Mehrdeutigkeit des Ergebnisses der Anwendung der grammatisch-logischen Interpretation die historische Interpretation geboten ist, um den Willen des Normsetzers zu erfassen.

97 Zur politischen Funktion der positivistischen Bindung des Normanwenders, insbesondere des Richters, an das Gesetz vgl. mit weiteren ausführlichen Literaturhinweisen: I. Maus, *Bürgerliche Rechtstheorie und Faschismus*, passim, insbes. S. 32 ff.; zu H. Kelsen: H. Ridder, „Negativkonvergenzen? Polemisches zum selektiven Antipositivismus“, in: J. J. Hagen/P. Römer/W. Seiffert (Hrsg.), *Rechtswissenschaft und Arbeiterbewegung. Festschrift für E. Rabofsky*, 1976, S. 45 ff.

98 A. Merkl, Zum Interpretationsproblem, in: *Die Wiener Rechtstheoretische Schule*, S. 1059 ff., S. 1074.

Eine systematische und ausführliche Erörterung der Frage, was eigentlich eine rechtswissenschaftliche Interpretationsmethode sei, eine Auflistung und detaillierte Beurteilung der verschiedenen Interpretationsmethoden und ihres Verhältnisses zueinander fehlt bei Kelsen. Es bleibt unsicher, wie denn der Rahmen festzustellen ist, den die anzuwendende Rechtsnorm nach Kelsen für die Rechtsanwendung bildet. Die Vorstellung des Rechts als eines Rahmens bleibt so ein bloßes Bild; es bedarf seinerseits eines Rahmens, ehe es seinen endgültigen Platz wird finden können in der Galerie der großen Interpretationslehren.